Besitz des gesetzlichen Vertreters

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
an der Universität Rostock

von

Kurt Wendelstorf
Referendar.

Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei / Rostock
1931

Berichterstatter: Prof. Dr. Walsmann.

Tag der mündlichen Prüfung 3. Dezember 1930.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet

Inhaltsübersicht.

Seite

1. Abschnitt: Der Besitz.

§ 1. Definition des Besitzes 9

2. Abschnitt: Stellvertretung im Besitz.

§ 2. Die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse in den §§ 855 und 868 14
a) Das Besitzdienerverhältnis (§ 855 BGB.)
b) Der mittelbare Besitz (§ 868 BGB.)

3. Abschnitt: Besitz des gesetzlichen Vertreters.

§ 3. Die Hauptmeinungen über den Besitz der gesetzlichen Vertreter 23

§ 4. Stellungnahme zu den Hauptmeinungen und eigene Ansicht 27

§ 5. Besitz des Vormundes, Pflegers und Inhabers der elterlichen Gewalt 32

§ 6. Besitz des Vorstandes einer juristischen Person . . 38

Literaturverzeichnis.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerb, im Archiv für bürgerliches Recht, Band 17.

Aravantinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung, in Iherings Jahrbüchern, Band 48.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., in Gruchots Beiträgen, Band 42.

Bekker, Aphorismen zur Auslegung des BGBs., herausgegeben von Bernhöft und Binder, Band 1.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Iherings Jahrbüchern, Band 34.

Bendix, Die Besitzlehre, Sonderabdruck aus „Recht", 1908.

Biermann, Das Sachenrecht des BGBs., 3. Aufl., Berlin 1914.

Bruns, Viktor, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübinger Dissertation 1910.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen, 1901.

Bührig, Eigentumserwerb in beweglichen Sachen durch Vertretung, Leipziger Dissertation 1907.

Colberg, Albrecht, Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriff nach dem BGB., Band 2, Bonn 1908.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Deutschen bürg. Rechts, Band II,1, Jena, 7. u. 8. Aufl., 1924 bis 27.

Crome, System des Deutschen bürg. Rechts, Band III, Berlin 1905.

Dernburg, Heinr., Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Band III, Sachenrecht, Halle 1908.

Draganesko, G., Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter, Berlin 1916.

Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts, 8. und 9. Aufl., II. Band, Berlin 1905.

Förtsch, in Gruchots Beiträgen, Band 43, S. 545 ff. Sind nach dem Rechte des BGB. die gesetzlichen Vertreter Besitzer der in ihren Händen befindlichen Sachen der von ihnen vertretenen Personen?
Gärtner, Studien zur Erläuter. d. bürg. Rechts, herausgegeben von Rudolf Leonhard, Heft 4: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust. 1901.
Gierke, Julius, Gutachten für den 24. Deutschen Juristentag, Verhandlungen, Band 3.
Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, Leipzig 1905.
Gierke, Otto, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB., Jena 1897.
Goldmann-Lilienthal, Das bürg. Gesetzbuch, systematisch dargestellt, Bd. 2, 3. Aufl., 1921.
Goldschmidt, L., Studien zum Besitzrecht, Festgabe für Gneist 88.
Goldschmidt, L., Vermischte Schriften, Bd. 1: Grundlagen der Besitzlehre, Berlin 1901.
Hedemann, Sachenrecht des bürg. Gesetzbuchs, Berlin und Leipzig 1924.
Isay, Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich, Jena 1900.
Ihering, Rud., Der Besitzwille, Jena 1899.
Kaemmerer, Hans, Stellvertretung im Besitzerwerb nach dem BGB., Leipziger Dissertation 1907.
Kaemmerer, Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb, Halle 1908.
Kniep, Besitz des BGB. gegenüber dem römischen Recht und dem gemeinen Recht, Jena 1900.
Kreß, Besitz und Recht, eine zivilr. Abhandlung, 1909.
Kunze, J. E., Zur Besitzlehre, Leipzig 1890.
Last, Fragen der Besitzlehre, in Iher. Jhrb., Bd. 63.
Leonhard, Franz, Vertretung beim Besitzerwerb, Leipzig 1899.
Maenner, Sachenrecht, II. Auflage, München 1906.
Möller, Karl, Eigentumserwerb beim Kommissionseinkauf, Leipziger Dissertation 1906.
Oertmann, Besitzrecht des Ehemannes am eingebrachten Gute der Frau, in Iherings Jahrbüchern, Band 44.

Graf Pininsky, Tatbestand des Sachbesitzerwerbs, 2 Bände, 1885 und 1888.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, III. Band, Sachenrecht, 4. Auflage, Berlin 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB., Band 3, 1899.
Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes, Freiburger Dissertation 1905.
Przibilla, Der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, in Iherings Jahrbüchern, Band 50.
Raape, Leo, Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem BGB., Bonner Dissertation 1901.
Randa, Anton, Der Besitz, 4. Auflage, Leipzig 1895.
Regelsberger, Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, in Iherings Jahrbüchern, Band 44.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Dr. Busch, Erler, Dr. Lobe usw., Band 3, Sachenrecht, Berlin und Leipzig 1928.
Rohde, Ernst, Studien im Besitzrecht, Band I, 2, Marburg 1913.
Rosenberg, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, München 1919.
Saleilles, de la possession des meubles, études de droit allemand et de droit francais, Paris 1907.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Auflage, Wien 1865.
Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung des Besitzerwerbs durch Dritte nach römischem und heutigem Recht, Leipzig 1881.
Sokolowski, Philosophie im Privatrecht, 2. Band, Halle 1907.
von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, Sachenrecht, I. Teil, 1926.
Strohal, Sachbesitz nach dem BGB., in Iherings Jahrbüchern, Band 38.
Thoma, Richard, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzerwerb des BGB., Freiburger Dissertation 1900.

Trendelenburg, Besitzerwerb durch Stellvertreter, Greifswalder Dissertation 1904.
Ullmann, Einige Streitfragen aus dem Gebiete des gesetzlichen ehelichen Güterrechts, im Archiv für zivilistische Praxis, Band 92.
Walsmann, Besprechung der Wellspacherschen Schrift „Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte", in Göttingische gelehrte Anzeigen, 1907, Nr. 12, Seite 969 ff.
Wendt, Der mittelbare Besitz, im Archiv für zivilistische Praxis, Band 87.
O. v. Wendt, Besitz und Besitzwillen, in der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum 1907.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 9. Auflage, 1906.
Wolff, Martin, Das Recht zum Besitze, Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch, Berlin 1903.
Wolff, Martin (mit Enneccerus-Kipp), Das Sachenrecht, Marburg 1927.
OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

I. Abschnitt: Der Besitz.

§ 1. Definition des Besitzes.

Unser bürgerliches Gesetzbuch gibt keine feste Definition des Besitzes. Man hat es absichtlich vermieden, eine derartige Bestimmung in das Gesetz zu bringen, um sich nicht damit festzulegen. Es blieb vielmehr der Wissenschaft und Praxis überlassen, einen Besitzbegriff zu schaffen, welcher der Auffassung des wirtschaftlichen Lebens und des Verkehrs angepaßt ist. Letztere Auffassung ist so flüssig und mit der fortschreitenden Zeit auch veränderlich, daß das Fehlen einer Besitzdefinition im Gesetz nur einen Vorteil für das Rechtsleben darstellt.

Wie aus dem Gesetze hervorgeht, wird nach § 854, Absatz 1, der Besitz einer Sache durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben und nach § 856, Absatz 1, dadurch beendet, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert. In diesen beiden Gesetzesbestimmungen wird der Anfang und das Ende des Besitzes gezeigt. Aber steckt hierin nicht die Begriffsbestimmung des Besitzes? Zum Erwerb des Besitzes ist Erlangung der tatsächlichen Gewalt nötig, zum Verlust des Besitzes führt der Verlust der tatsächlichen Gewalt. Also Besitz heißt die tatsächliche Gewalt haben[1]).

Eine andere Meinung behauptet, daß Besitz zwar oft nur tatsächliche Gewalt bedeute, daß aber häufig auch mit Besitz die Rechtsfolgen der tatsächlichen Gewalt gemeint seien, wie z. B. in den §§ 854, Absatz 1, 856, Absatz 1

1) Vgl. Protokolle Band 3, Seite 35; Planck Ziffer 3 vor § 854; Goldmann-Lilienthal Seite 3; Rosenberg Ziffer 2 vor § 854; Biermann Ziffer 1 vor § 854; Gierke a. a. O. § 114, Seite 212; Crome a. a. O. § 344, II.

und 857 [2]). Sonst erhielte man die unsinnige Trivialität: die tatsächliche Gewalt über eine Sache wird durch die tatsächliche Gewalt über die Sache erworben. Dieser Lehre ist nicht beizutreten. Was die zur Beweisführung herangezogene Trivialität anbelangt, so ist dies überhaupt keine Beweisführung. Mit gutem Grund ist der § 854 an die Spitze der Besitzlehre gestellt worden. Die Rechtsfolgen des Besitzes sind in der Hauptsache der Besitzschutz, der auf keinen Fall mit Besitz gleichgestellt werden kann. Voraussetzung für den, der den Besitzschutz genießen will, ist in erster Linie, daß er Besitz hat. Daraus ergibt sich von selbst die Unmöglichkeit der Gleichstellung von Besitz und Besitzschutz. Besitz ist eben immer gleich tatsächlicher Gewalt. So spricht das Gesetz in Absatz 1 des § 856 von Aufgeben der tatsächlichen Gewalt, in den §§ 303, 959, 1007, Absatz 3, vom Aufgeben des Besitzes. Immer ist dasselbe gemeint. Der § 857, der Besitz geht auf den Erben über, wird besonders von der gegnerischen Meinung herangezogen als ein Fall, wo der Besitz lediglich die Rechtsfolgen bedeuten soll. Dies ist aber hier nicht der Fall. Denn wenn diese Rechtsfolgen schon entstanden sind, gehen sie nach dem Gesetze nicht nach § 857, sondern nach § 1922 über. Sind die Rechtsfolgen noch nicht eingetreten, dann tritt der Erbe lediglich in die Voraussetzung dieser Rechtsfolgen ein, nämlich in den Besitz. Dieser ist aber die tatsächliche Gewalt, die auch der Erbe haben muß, um im gegebenen Falle den Besitzschutz genießen zu können [3]).

Mit der gewonnenen Definition „Besitz ist die tatsächliche Gewalt über eine Sache" ist auszukommen. Der Begriff tatsächliche Gewalt muß aber einer näheren Untersuchung unterzogen werden. Es ist die gefundene Formel mit dem richtigen Inhalt auszufüllen, um eine Besitzdefinition zu haben, die vor allem der ständig fließenden Veränderung in der Verkehrsauffassung gerecht zu werden mag. Man darf sich nicht damit begnügen, die Fähigkeit des Sachherrn zu verlangen, Einwirkungen Fremder auf die

2) Bekker in Aphorismen Seite 15 ff.; Endemann a. a. O. II, 1, § 25, Seite 130, Note 15.

3) Rosenberg Bem. 2 vor § 854.

Sache auszuschließen[4]). Denn auch wer diese Fähigkeit nicht besitzt, ist Besitzer, solange kein erfolgreicher Angriff erfolgt. Unzureichend ist es auch, für den Besitz einfach die Möglichkeit beliebiger körperlicher Einwirkung auf die Sache zu fordern[5]). Diesem Einwirkungswillen sind oft durch die Natur der besessenen Sache oder durch räumliche Entfernung Schranken gezogen, die eine Sachherrschaft doch nicht hindern können. Ebensowenig zutreffend ist es, den Besitz zu bezeichnen als das tatsächliche Verhältnis der Person zur Sache, welches durch den Zweck ihrer wirtschaftlichen Verwendung geboten ist[6]). Wenn dem wirtschaftlichen Moment auch eine große Bedeutung zukommt, so sind doch wiederum Fälle denkbar, wo das wirtschaftliche Moment vorliegt und doch nicht von Besitz gesprochen werden kann. In Wahrheit müssen alle Versuche, den Begriff tatsächliche Gewalt zu analysieren, scheitern. Denn der Schwerpunkt des Besitzes liegt in der Verkehrsauffassung. Darum läßt sich die tatsächliche Gewalt als Begriff des lebendigen Verkehrs nicht in eine enge Formel bannen, sie duldet keine juristische Analyse, nur eine tatsächliche Exemplifikation[7]). Somit muß der Richter bei der Prüfung der Besitzfrage von der lebendigen Lebensauffassung ausgehen. Daß der Gesetzgeber der Praxis viel Spielraum gelassen hat, kann nur als Fortschritt in unserer Gesetzgebung angesehen werden. Die Verkehrsauffassung hat immer zu zeigen, wann Besitz vorliegt. So drückt Besitz ein Machtverhältnis aus, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Gewalt erscheint.

Der Begriff der tatsächlichen Gewalt ist entsprechend der Auffassung des Verkehrs bald ein sehr enger, so bei beweglichen Sachen, bald ein loser, nahezu vergeistigter, so bei Grundstücken. Zu seinem Wesen ist daher nicht immer die Erkennbarkeit und Sichtbarkeit zu rechnen[8]). Rein

---

4) Dies verlangt Savigny in Recht des Besitzes § 14, Seite 210; vgl. auch § 15, S. 214 und § 18, S. 238.

5) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. § 153, Note 4.

6) Vgl. Randa a. a. O. S. 405 bis 407.

7) Vgl. Goldschmidt Festgabe I, 2, S. 1233, Grundlagen S. 75.

8) Vgl. Strohal a. a. O. S. 61; Wolff § 5, III, 2; Rosenberg § 854, Ziffer 1.

geistige Erwägungen werden oft erst ergeben, ob tatsächliche Gewalt besteht.

Somit zeigt das gewonnene Ergebnis als Besitzer immer denjenigen, der nach Auffassung des Verkehrs die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat. Der Vorzug dieser „Definition" liegt gerade darin, daß sie trotz Fortschritt der Zeit immer Anspruch auf Anerkennung haben wird. Bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der Lebensverhältnisse, der Wirtschaft und Kulturstufen ist es unmöglich, eine feste auf alle Fälle anwendbare Formel zu finden.

Das Gesetz kennt als einziges Erfordernis zum Besitzerwerb die Erlangung der tatsächlichen Gewalt und verlangt keinen besonderen Besitzwillen. Indessen dies ist in der Literatur sehr streitig [9]). Von einigen Autoren wird stets zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ein Besitzwille gefordert [10]), weil eine tatsächliche Herrschaft ohne einen darauf gerichteten Willen nicht ausgeübt werden könne. Andere wieder halten auch den Besitzwillen für erforderlich, wollen ihn aber regelmäßig unterstellen, weil meistens nach der Sachlage der Anschein eines Willens vorliege [11]). Diese Ansicht kommt der Wirklichkeit schon sehr nahe. Zutreffend ist die Meinung, daß der Besitzwille niemals ein selbständiges, zur tatsächlichen Gewalt hinzukommendes Erfordernis, sondern nur eine unter Umständen, aber durchaus nicht immer erforderliche Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt ist. Die tatsächliche Gewalt ist ein Zustand und kann wohl des Willens entbehren. Es gibt Fälle, wo Besitz erworben wird, ohne daß ein Besitzwille hervortritt. Allerdings in den meisten Fällen wird die Erlangung der tatsächlichen Gewalt von einer Willensbetätigung begleitet sein. In allen diesen Fällen genügt ein faktischer Wille, den auch Geschäftsunfähige, Geisteskranke und Kinder haben können. Aber dieser Wille dient nur dazu,

---

9) Eine gute Übersicht über die verschiedenen Ansichten ist bei Colberg „Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriff" zu finden.

10) Vgl. Endemann § 34, S. 174; Sokolowski S. 243; Kreß S. 136 ff.; Eck Vorträge S. 4; Colberg S. 19 ff.; Dernburg S. 62 ff.; Gierke Privatrecht II, § 115.

11) Vgl. Cosack § 186, II, 2; Staudinger § 854, Ziffer 2, b; Gärtner a. a. O. S. 129.

im konkreten Falle zu zeigen, daß die tatsächliche Gewalt besteht. Niemals ist er begriffswesentliche Voraussetzung des Besitzes. Die Verkehrsanschauung muß zeigen, ob jemand Besitz hat und damit den Besitzschutz verdient, wenn auch kein Besitzwille vorhanden ist[12]). Die Entscheidungen praktischer Fälle durch unsere Gerichte zeigen, daß die in der Literatur so heftig umstrittene Frage ohne sonderliche Schwierigkeiten mit Hilfe der Verkehrsanschauung gelöst wird.

II. Abschnitt: Stellvertretung im Besitz.

Der Besitz ist ein tatsächlicher Zustand. Aus diesem Grunde ist eine direkte Anwendung der §§ 164 ff. für den Besitzerwerb durch Stellvertretung ausgeschlossen, denn die §§ 164 ff. regeln nur eine Vertretung in der Abgabe von Willenserklärungen[13]). Ebensowenig ist eine analoge Anwendung möglich. Denn wenn der Besitzerwerb auch oft von einem natürlichen Willen begleitet ist, so ist dieser von dem Erfolgswillen einer Willenserklärung doch sehr verschieden. Der etwaige Besitzwille ist im Gegensatz zum Erfolgswillen der Willenserklärung nicht auf den Eintritt eines Rechtserfolges gerichtet. Aber auch ein Erklärungswille derart, daß eine geschäftsfähige Person eine rechtlich bedeutungsvolle Willensäußerung in die Welt zu setzen beabsichtigt, fehlt hier. Denn da, wo die Herstellung der Herrschaft einen Besitzwillen fordert, ist dieser Wille nicht von selbständiger Bedeutung, sondern er hat nur den Zweck, die tatsächliche Gewaltlage herzustellen. Gerade, weil er

12) Vgl. Rosenberg § 854, Ziffer 2; Planck § 854, Ziffer 2; Crome § 347, Ziffer 2; Aravantinos in Iher. Jahrb. Bd. 48, S. 125; Kniep S. 43 ff.; Leonhard S. 69; Strohal a. a. O. S. 66 ff.; Biermann § 854, Ziffer 3; Goldmann-Lilienthal § 2, S. 8.

13) Vgl. Endemann § 38; Kniep S. 230; Bruns S. 85; Isay S. 348 ff.; Rosenberg § 854, IV; Staudinger § 854, IV; Kaemmerer S. 16 ff.; RGR.-Kommentar § 854, 5; anders dagegen: Kreß S. 226 ff.

nur insofern von mittelbarer Bedeutung für die Herstellung dieser Lage ist, genügt ein rein faktischer Wille, wie ihn eine geschäftsunfähige Person haben kann. Wenn aber hier ein Erklärungswille im eigentlichen juristischen Sinne nicht verlangt wird, so kann auch eine Anwendung der Vorschriften über Stellvertretung, insoweit wenigstens im Vorhandensein eines gemeinsamen Erklärungswillens eine Basis für analoge Anwendung gefunden werden könnte, nicht in Betracht kommen.

Durch die Bestimmungen der §§ 855 und 868 ist eine Regelung der Stellvertretung im Besitz geschaffen. Hier ist daher zu prüfen, ob und unter welche der beiden Bestimmungen die gesetzlichen Vertreter fallen. Deshalb sollen vorerst genau die typischen Gestaltungen der Verhältnisse in den §§ 855 und 868 festgestellt werden.

§ 2. Die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse in den §§ 855 und 868.

a) Das Besitzdienerverhältnis nach § 855.

In § 855 hat der Gesetzgeber die notwendige Regelung getroffen, daß man sich Hilfspersonen zur Erhaltung oder Erwerbung des Besitzes bedienen kann, ohne daß diese Besitz an den in ihrer Gewalt befindlichen Sachen erlangen.

In § 854 kommt zum Ausdruck, daß Besitzer immer derjenige ist, der die tatsächliche Gewalt hat. Deshalb sehen einige Autoren in der Vorschrift des § 855 eine Ausnahmevorschrift gegenüber dem in § 854 ausgesprochenen Grundsatz [14]). Aber der Gesetzgeber hat nicht im entferntesten daran gedacht, eine Ausnahme zum Grundsatz des § 854 zu schaffen, sondern beabsichtigte durch Hinzufügung des § 855 in das Gesetz nur eine „Ergänzung und Erklärung“ [15]) zu § 854. Eine solche Erläuterung war notwendig mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung [16]), die sich

14) Vgl. Leonhard S. 63; Eck S. 87; Isay S. 265.
15) Vgl. Protokolle Band 3, S. 31.
16) Vgl. Last in Iher. Jahrb. Bd. 63, S. 108; Staudinger § 855, II, 1; Rosenberg § 855, I, 1; Planck § 855, I; Endemann § 33, Anm. 8; Biermann § 855, 1; Crome § 344, Ziffer 18.

glücklicherweise als oberste Richtschnur durch unsere ganze moderne Besitzlehre zieht. Der Streit über die Stellung des § 855 ist im übrigen bedeutungslos für die Praxis.

Das Gesetz schafft im § 855 eine Regelung für gewisse Personen, die es aber nicht mit einer bestimmten Bezeichnung ausgestattet hat. Verchiedene Vorschläge sind in der Literatur aufgetaucht. So findet man die Bezeichnung „Besitzgehilfe“ [17]), „Inhaber“ [18]), „Besitzhalter“ [19]) und „unselbständiger Inhaber“ [20]). Am besten gibt die Bezeichnung „Besitzdiener“ [21]) den Sinn der Gesetzesbestimmung wieder. Dieser Ausdruck ist heute herrschend geworden.

§ 855 lautet: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen andern in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sachen beziehenden Weisungen des Andern Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer.“ Für alle vom § 855 betroffenen Personen ist als charakteristisches Merkmal festzuhalten, daß sie in ihren Handlungen und Entschließungen in Bezug auf die in ihren Händen befindlichen Sachen von den Weisungen eines Andern abhängig sind, also einem Befehl zu gehorchen haben. Das Abhängigkeitsverhältnis muß als typisches Zeichen für die Feststellung eines Besitzdienerverhältnis gelten [22]). Welche Personen nun als Besitzdiener zu gelten haben, bestimmt das Gesetz nicht fest. Es hat sich vielmehr damit begnügt, als Beispiele „Haushalt und Erwerbsgeschäft“ anzuführen und damit einen Hinweis auf alle bezielten Personen zu geben. Haushalt ist hier nicht gleich zu setzen mit Hausstand [23]) (§§ 1617, 1618, 1619, 1969). Gemeint sind alle Personen, die in einer Hauswirtschaft tätig sind. Dem Haushalt stellt das Gesetz das Erwerbsgeschäft gleich. Alle hierin beschäftigten Personen

17) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 56; Kohler im Arch. f. bürg. Recht Bd. 18, S. 81.

18) Vgl. Cosack § 185, VI, 1, S. 66.

19) Vgl. Endemann § 33; Gierke § 114, III, 3, S. 217; Crome § 344, Ziff. 21, der aber auch „Besitzdiener“ für passend hält.

20) Vgl. Strohal in Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 5.

21) Vgl. Bekker in Iher. Jahrb. Bd. 34, S. 42.

22) Vgl. Strohal in Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 8; Leonhard a. a. O. S. 63.

23) Vgl. RGR.-Kommentar § 855, 3.

haben zwar die tatsächliche Gewalt an den ihnen überlassenen Sachen, gelten aber nicht als Besitzer. Dies ist nur der Haushaltsvorstand oder Geschäftsherr. Es ist auch gleichgültig, ob die Tätigkeit der Besitzdiener eine vorübergehende ist[24]), oder ob die Sachen im Eigentum des Haus- oder Geschäftsherrn stehen[25]). Nötig ist nur, daß die Besitzdiener in sozialer Abhängigkeit stehen und den Weisungen ihrer Herren in Bezug auf diese Gegenstände Folge leisten müssen. Haushalt und Erwerbsgeschäft haben als Beispiele zu gelten. Das Gesetz überläßt es der Auslegung, den Kreis der Besitzdiener zu ziehen; es verweist lediglich auf „ähnliche Verhältnisse". Zur Auffindung von ähnlichen Verhältnissen ist naturgemäß vom Haushalt und Erwerbsgeschäft auszugehen. Wie die hierin beschäftigten Personen, müssen auch die in ähnlichen Verhältnissen stehenden Personen unselbständig in der Ausübung über die Sachen sein; sie empfangen Weisungen von einem Andern und müssen diese befolgen! Also ein Abhängigkeitsverhältnis! Die Natur dieses Verhältnisses gilt es näher zu bestimmen und möglichst erfassende Merkmale zu finden. Als ausschlaggebendes Moment kann es nicht angesehen werden, daß der Besitzdiener immer zur sofortigen Herausgabe bereit sein muß[26]). Dies müssen oft die Personen in den in § 868 geregelten Verhältnissen ebenfalls. Also würden mit diesem Kriterium die Verhältnisse der §§ 855 und 868 schwer zu unterscheiden sein. Bezeichnend für die Besitzdienerschaft ist dagegen „das Verhältnis der Abhängigkeit des Inhabers in betreff seines Gebarens mit der Sache von dem Anderen"[27]), „das Befehlsrecht des Herrn und die Gehorsamspflicht des Gehilfen"[28]). Der Besitzdiener muß in sozialer Abhängigkeit von seinem Herrn stehen. Das innere Verhältnis zwischen Herrn und Diener ist entscheidend für die Besitzdienerschaft, nicht „äußere Erkennbarkeit des Mangels der Verfügungsbefugnis"[29]), nicht „äußere Erkennbar-

24) Vgl. Rosenberg § 855, II, 2a; Last in Iher. Jhrb. Bd. 63, S. 106; RG. in JW. 08, S. 527.

25) Vgl. Endemann § 33, 2a.

26) Vgl. Bekker in Iher. Jahrb. Bd. 34, S. 42.

27) Vgl. Strohal in Iher. Jahrb. Bd. 48, S. 8.

28) Vgl. Leonhard S. 63.

29) Vgl. Isay S. 285.

keit der Abhängigkeit“ [30]). Das Verhältnis aus dem die Unterordnungspflicht des Besitzdieners entspringt, braucht nicht ein Vertrag zu sein; es genügt vielmehr ein tatsächliches Verhältnis [31]). Meistens wird allerdings ein Dienstvertrag, Auftrag und Ähnliches vorliegen, aber auch Vorgänge des gesellschaftlichen Verkehrs können das Besitzdienerverhältnis begründen. Bei der Untersuchung, ob ein solches Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, hat als oberster Richter die Verkehrsanschauung das Wort zu reden.

Der Besitzdiener kann man sich zum Besitzerwerbe bedienen. Denn hat der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, so wird nicht er, sondern sein Herr Besitzer. Dabei spielt der Wille des Besitzdieners keine entscheidende Rolle. Selbst ein abweichender Wille des Dieners, die Sache für sich zu besitzen, ist nicht hinderlich für den Besitzerwerb des Herrn [32]). Dabei muß es natürlich dem Besitzdiener unbenommen bleiben, trotzdem für sich privat Sachen zu erwerben. Die Verkehrsauffassung wird immer zeigen, wann es sich beim Besitzerwerb um Sachen handelt, die er in seiner Eigenschaft als Besitzdiener oder in seinem privaten Leben erwirbt.

b) Der mittelbare Besitz (§ 868).

Es gibt Fälle im Leben, in denen jemand zwar die Ausübung der tatsächlichen Gewalt einer andern Person überlassen hat, aber trotzdem noch Beziehungen zu der Sache aufrecht erhält. Den Bedürfnissen des Lebens entspricht es, der Person, die solche Beziehungen mit der nicht in ihrer tatsächlichen Gewalt befindlichen Sache verbindet, trotzdem

30) Vgl. Dernburg III, § 14, 2.

31) So die herrschende Meinung: Rosenberg § 855, II, 2e, α; Biermann § 855, 2b; Staudinger § 855, 3b; Endemann § 33, 2a und 2b; anderer Ansicht: Gärtner S. 140; Protokolle Bd. 3, S. 32.

32) So die herrschende Meinung: Staudinger § 855, 4; Rosenberg § 855, II, 2d; Planck § 855; Männer § 14, Anm. 7, S. 126; Biermann § 855, 2c; RGR.-Kommentar § 855, 2. Anderer Ansicht sind Bruns S. 150; Sokolowski § 5, S. 320, welche am Willenserfordernis insofern festhalten, als durch Aufstellung objektiver Merkmale für das Willensmoment Zweifel gelöst werden sollen.

oder in gewisser Hinsicht Besitzerstellung einzuräumen. Das Gesetz schuf daher noch eine zweite Art von Besitz, indem es in § 868 bestimmt: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitzer)." Dieser Gedanke des Doppelbesitzes entspricht dem Gefühl der Volksanschauung. Es ist daher unrichtig, wenn der mittelbare Besitz von vielen Autoren nicht als echter Besitz, sondern nur als Fiktion angesehen wird, weil der mittelbare Besitzer der tatsächlichen Gewalt über die Sache mangele [33]). Diese Anschauung ist alles Andere, nur nicht lebenswahr. Es besteht hier in der Tat ein mehrfaches Herrschaftsverhältnis über die Sache. Der unmittelbare Besitzer übt zwar die Gewalt aus, aber dies schließt nicht aus, daß der mittelbare Besitzer ebenfalls seine Macht über die Sache hat. Dies umsomehr, als er die Möglichkeit hat, nach Ablauf einer gewissen Zeit und nach Beendigung des Besitzmittlungsverhältnisses wieder alleiniger Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu sein. Sein Verhältnis zur Sache ist nur gelockert, nicht gelöst. Daß der mittelbare Besitzer eine Herrschaft über die Sache hat, ist ganz im Sinne der modernen Rechtsauffassung, die auch beim unmittelbaren Besitz keine strengen Anforderungen stellt. Die Herrschaft des unmittelbaren Besitzers ist in vielen Fällen kaum eine stärkere, wie die des mittelbaren Besitzers, welche sich in dem Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler äußert. Dies tritt besonders in dem Verhältnis des mittelbaren Besitzers zu allen Dritten zutage. Nach außen erscheint der Besitzmittler geradezu als Vasall des mittelbaren Besitzers [34]). Somit ist der mittelbare Besitz ein echtes Besitzverhältnis, dessen Anerkennung der Lebensanschauung entspricht [35]).

---

33) So z. B. Wendt im Archiv f. ziv. Praxis, Band 87, S. 47, 49, 51; Biermann § 868, 1b; Bartels in Gruch. Beitr. Band 42, S. 652.

34) Vgl. Walsmann in seiner Besprechung der Wellspacherschen Schrift: Göttingische Gelehrte Anzeigen 1907, S. 973 f.

35) So die überwiegende Meinung: Gierke § 114, III, 5, S. 220; Rosenberg § 868, III, 2; Staudinger § 868, IV, a;

Für das Bestehen des mittelbaren Besitzes wird ein Rechtsverhältnis gefordert, vermöge dessen der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist. Wie muß nun das erwähnte Rechtsverhältnis gestaltet sein? Als bestimmte Beispiele führt das Gesetz den Nießbrauch, das Pfandrecht, die Pacht, Miete und Verwahrung an. Für die Lösung der Aufgabe paßt keins dieser Beispiele. Es wird in § 868 weiter auf ähnliche Verhältnisse verwiesen, vermöge deren jemand einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet ist. Die ähnlichen Verhältnisse gilt es zu bestimmen. Das gemeinsame Merkmal besteht zunächst in der zeitlichen Beschränkung des Besitzes des Mittlers. Damit ist nicht gesagt, daß die Zeit bestimmt sein muß. Denn sehen wir das Beispiel der Verwahrung an, so ergibt sich, daß der Verwahrer jederzeit die Herausgabe verlangen kann. „Auf Zeit" bedeutet lediglich, daß der unmittelbare Besitz etwas vorübergehendes ist, daß nach Endigung des Verhältnisses die Sache wieder in die Hände des mittelbaren Besitzers geht[36]).

Zweifelhaft könnte sein, ob die Ähnlichkeit dieser Verhältnisse durch die im Relativsatze des § 868 aufgestellten Erfordernisse, nämlich der auf Zeit bestellten Berechtigung und Verpflichtung zum Besitze erschöpft ist. Gefordert werden muß noch eine weitere Ähnlichkeit mit den im Gesetze besonders genannten Fällen. Denn, wenn man den Pfandgläubiger und Nießbraucher herausgreift, so sieht man, daß diese als dinglich Berechtigte nicht nur dem mittelbaren Besitzer, sondern jedem beliebigen Dritten gegenüber zum Besitze berechtigt sind[37]). Es kann aber unmöglich angenommen werden, daß alle diese Dritten mittelbaren Besitz neben dem Nießbraucher und Pfandgläubiger haben. Mittelbare Besitzer sind vielmehr nur die Personen, die zum Nießbraucher und Pfandgläubiger in einem Mittlungsverhältnis stehen. An diesem Beispiele sieht man schon, daß noch ein

---

Crome § 345; Dernburg § 13, Ziffer 3; Eck § 1, S. 14 ff.; Gärtner S. 141; Leonhard S. 70; Endemann § 32, Z. 1; Sokolowski S. 249 ff.

36) Vgl. Windscheid-Kipp I, S. 795.

37) Vgl. Leonhard S. 60.

weiteres Erfordernis festgestellt werden muß. Als weiteres Erfordernis ist in der Literatur von einer Seite aufgestellt worden, daß die Sache dem Besitzmittler anvertraut sein müsse[38]). Andere Autoren folgern ähnlich, indem sie verlangen, der Besitz des Mittlers müsse sich vom Oberbesitzer ableiten[39]). Diese Theorie konsequent durchgeführt, würde zu dem Ergebnis führen, daß der Besitzmittler die Sache stets aus der Hand des mittelbaren Besitzers empfangen haben muß. Daß dies vom Gesetz nicht gewollt ist, zeigt ein Blick auf das Beispiel der Pacht. Der Verpächter eines Gutes wäre mittelbarer Besitzer der Sachen, die bei der Übergabe des Gutes vorhanden sind. Die vom Pächter neu angeschafften Sachen könnte er nicht einfordern, wenn sie verloren gingen, und insbesondere auch nicht ersitzen. Der Pächter könnte sich nicht auf die Einreden aus dem Recht des Verpächters berufen, wenn er vom Eigentümer verklagt würde[40]). Vor allem würde aber ein originärer Erwerb des mittelbaren Besitzers ausgeschlossen sein. Ebensowenig zutreffend ist die Ansicht, daß die Ähnlichkeit der den Besitz vermittelnden Verhältnisse darin zu finden sei, daß der Besitz auf Kosten des mittelbaren Besitzers erworben sei[41]). Dieser wohl wirtschaftliche Gesichtspunkt hat mit der Besitzfrage nichts zu tun. Dagegen spricht, daß nicht immer durch ein Vermögensopfer mittelbarer Besitz erworben wird, sondern meistens sogar der Besitz endgültig verloren geht. Es gibt doch genügend Fälle, wo ohne irgendein Vermögensopfer mittelbarer Besitz entsteht.

Zu einem entscheidenden Kriterium für die „ähnlichen Verhältnisse" des § 868 führt meines Erachtens folgender Weg. Wenn die Bestimmung des § 872 mit dem § 868 inhaltlich unter besonderer Berücksichtigung der in § 868 gegebenen Beispiele verglichen wird, so springt für die Aus-

38) Vgl. Strohal Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 23.

39) Vgl. Endemann § 31, 1c und § 32, a; Goldmann-Lilienthal § 1, Anm. 12; Wendt im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 87, S. 44; Planck § 868, 2ba; Crome § 345, 1b, S. 33; Gierke § 114, III, 5, S. 219; Wolff § 8, I, 1a; Gärtner Seite 148.

40) Vgl. Leonhard S. 61.

41) Vgl.: Diese Auffassung hat Leonhard S. 61 ff. und ihm folgend auch Staudinger § 868, I, 2b.

legung des § 868 ein entscheidendes Merkmal in die Augen. Der Eigenbesitzer (§ 872) besitzt die Sache als ihm gehörend. Der Besitzmittler — man achte auf die im § 868 gegebenen Beispiele — besitzt die Sache als einem Andern gehörend. Dieser Unterschied zeigt den Weg. Man kommt damit zu der Erkenntnis, daß das Kriterium für die ähnlichen Verhältnisse des § 868 darin zu finden ist, daß der unmittelbare Besitzer die Sache immer als eine objektiv fremde besitzt. Also genügen solche Verhältnisse, die den Besitzer verpflichten, die Sache als objektiv fremde zu behandeln [42]).

So ist festgestellt, daß der Besitz des Besitzmittlers ein zeitlich begrenzter und Fremdbesitz ist. Daraus folgt von selbst, daß der mittelbare Besitzer gegen seinen Besitzmittler einen Herausgabeanspruch hat. Dieser ist ebenfalls ein Merkmal für den mittelbaren Besitz, das nicht fehlen darf [43]). Auf diesen Rückgabeanspruch verweisen die §§ 870, 931, 934. Dieser Anspruch kann jederzeit fällig oder beliebig bedingt oder befristet sein. Erwähnt werden soll noch, daß keineswegs in dem zur Herausgabe verpflichtenden Schuldverhältnisse „der wesentliche Kern des mittelbaren Besitzes enthalten ist“ [44]). Denn der Herausgabeanspruch allein begründet noch keinen mittelbaren Besitz [45]). Bestritten ist, ob das Besitzmittlungsverhältnis ein objektiv rechtswirksames Rechtsverhältnis sein muß. Man kann sagen, daß im allgemeinen ein Putativrechtsverhältnis genügen [46]), dies

---

42) Vgl. Rosenberg § 868, II, 2, b γ.

43) Vgl. Strohal Jher. Jahrb. Bd. 38, S. 18 ff.; Windscheid-Kipp I, S. 795; Wolff § 8, I, 2; Biermann § 868, 2a; Kreß S. 202; Gierke Verhandl. 3, S. 33.

44) So ist die Ansicht von Wendt im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 87, S. 45 ff.

45) Vgl. Rosenberg § 868, II, 2b.

46) Mit einem Putativverhältnis begnügen sich: Wolff § 8; Staudinger § 868, II, 2; Planck § 868, 2b; Gierke Fahrnisbesitz S. 7, in Privatrecht § 114, III, 5; Endemann § 31, 1c; Leonhard S. 71; Goldmann-Lilienthal § 1, Anm. 12. And. Ansicht dagegen Rosenberg § 868, II, 2 b γ; Bruns S. 157; Männer § 16, Anm. 21; Kreß S. 115 ff.; Last in Iherings Jahrb. Bd. 63, S. 134 ff.; Windscheid-Kipp I, S. 796 ff.; Isay S. 276. Neuerdings auch das Reichsgericht in Band 105, S. 144: „Das vermittelnde Rechtsverhältnis muß objektiv rechtswirksam bestehen.“

aber nicht ausreichen kann, wenn ein Herausgabeanspruch nicht besteht. Dieser Herausgabeanspruch ist notwendig erforderlich und muß objektiv wirksam sein.

Der so gekennzeichnete Herausgabeanspruch zeigt immer als mittelbaren Besitzer den Gläubiger des Anspruchs[47]). Andererseits wird auch die Person des Besitzmittlers bestimmt als die Person, gegen die sich der Anspruch richtet. Erwähnt werden muß auch, daß das Rechtsverhältnis sich auf eine individuell bestimmte Sache beziehen muß[48]).

Die gemachten Ausführungen werden die typische Gestaltung der ähnlichen Verhältnisse veranschaulichen. Daß bei der Frage, ob jemand die Sache als ihm gehörend oder fremde besitzt, auch die Verkehrsanschauung zu Rate gezogen werden muß, ist wohl selbstverständlich.

Das den mittelbaren Besitz vermittelnde Verhältnis kann sowohl auf einem Schuldverhältnis, wie auf dinglicher Grundlage beruhen. Es kann ferner nicht nur durch Vertrag, sondern auch durch Gesetz entstehen[49]).

So kann als Ergebnis festgehalten werden: Besitzmittler ist, wer eine individuell bestimmte Sache auf Grund eines Rechtsverhältnisses, das auch ein Putativverhältnis sein kann, als einem Andern gehörig besitzt und herausgeben muß. Der Andere ist mittelbarer Besitzer.

Somit kann man sehen, daß der Gesetzgeber die Zurechnung fremder tatsächlicher Gewalt in den §§ 855, 868 erschöpfend geregelt hat. Der Besitzdiener erwirbt den Besitz immer unmittelbar seinem Herrn, der Besitzmittler dagegen erwirbt für sich den unmittelbaren, aber für den Geschäftsherrn den mittelbaren Besitz. Bei beiden ist die innere Beziehung des Besitzdieners oder Besitzmittlers zu ihrem Herrn, wenn man den mittelbaren Besitzer auch einmal so nennen darf, maßgebend. Zwischen dem Besitzmittler und echtem Stellvertreter besteht noch der Unterschied, daß der Besitzmittler durch den Erwerb des unmittelbaren Besitzes von den Wirkungen des vermittelnden Besitzerwerbs

47) Vgl. Wolff § 8, I, 3.
48) Vgl. Windscheid-Kipp I, S. 796.
49) Vgl. Biermann § 868, 2c.

selbst betroffen wird, dagegen bei der Vertretung der §§ 164 ff. die Wirkungen des Vertretungsgeschäfts allein den Vertretenen angehen.

Im folgenden ist nun zu untersuchen, unter welche der beiden Bestimmungen die gesetzlichen Vertreter fallen.

III. Abschnitt: Besitz des gesetzlichen Vertreters.

Gesetzlicher Vertreter ist kraft elterlicher Gewalt der Vater und eventuell die Mutter (Ausnahmefall § 1707), ferner der Vormund, sodann der Pfleger, endlich der Beistand der Mutter, falls ihm die Vermögensverwaltung übertragen ist (§ 1693). Dasselbe soll nach der Ausdrucksweise des Gesetzes auch vom Vorstand einer juristischen Person gelten. Er vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich, er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (§ 26 BGB.). Im § 84 der Reichsabgabenordnung wird sogar ausdrücklich von den „gesetzlichen Vertretern juristischer Personen" gesprochen.

Der Konkursverwalter, der Zwangsverwalter und der Testamentsvollstrecker sind keine Vertreter im Sinne des Gesetzes, sondern Amtspersonen, die kraft eigenen Rechts über fremde Rechte mit Wirkung für und gegen den Rechtsinhaber verfügen [50]). Ebenso handelt bei der Vornahme von Zwangsvollstreckungshandlungen der Gerichtsvollzieher nicht als gesetzlicher Vertreter des Gläubigers, sondern kraft seines Amtes [51]). Allerdings besteht die vielverbreitete Ansicht, daß auch diese Personen als gesetzliche Vertreter anzusehen seien.

§ 3. Die Hauptmeinungen über den Besitz der gesetzlichen Vertreter.

In der Literatur sind die Ansichten sehr geteilt. Es lassen sich vier voneinander abweichende Hauptmeinungen feststellen. Die einen schreiben den gesetzlichen Vertretern

50) Vgl. RG. Bd. 29, S. 29; Bd. 52, S. 333.
51) Vgl. RG. Bd. 90, S. 193.

überhaupt keinen Besitz zu, sondern geben ihnen die Stellung eines Besitzdieners. Andere Autoren lassen die gesetzlichen Vertreter immer unmittelbare Besitzer, die Vertretenen mittelbare Besitzer sein. Aber es werden auch Fälle gekennzeichnet, wo die vertretene Person den unmittelbaren Besitz haben kann. Wieder Andere kommen beim Vormund und bei dem Vorstand einer juristischen Person zu verschiedenem Ergebnis. Eine letzte ganz allein dastehende Ansicht geht dahin, daß die gesetzlichen Vertreter grundsätzlich weder unmittelbare Besitzer noch Besitzdiener seien, sondern daß sie nur den Besitz der vertretenen Personen betätigen. Die Vertretenen allein sollen Besitzer sein.

Zunächst gibt es eine Ansicht, die grundsätzlich dahin entscheidet, daß der Vormund an dem Mündelgut und der Vorstand einer juristischen Person in Ansehung des Körperschaftsvermögens nur Besitzdiener sind, weil sie zu den vertretenen Personen in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und den Weisungen der Vertretenen Folge leisten müssen [52]). Ausnahmsweise werden jedoch Vormund und Vorstand als unmittelbare Besitzer angesehen, wenn sie Sachen der Vertretenen in ihrer Privatwohnung aufbewahren.

Im Gegensatz zu dieser Meinung wird von anderer Seite [53]) für die gesetzlichen Vertreter immer unmittelbarer Besitz angenommen. Die Vertretenen sollen gemäß § 868 mittelbaren Besitz haben. Der Besitz der Vertreter entstehe immer kraft eigenen Rechts und leite sich nicht vom Vertretenen ab. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz könne jedoch insofern gegeben sein, wenn der gesetzliche Vertreter, z. B. der Vormund, seinem Mündel Sachen zum persönlichen Gebrauch überläßt. Dann soll der Vertreter den Besitz verlieren, und die vertretene Person alleinigen, unmittelbaren Besitz haben [54]).

Eine weitere Gruppe in der Literatur lehnt es ab, die Frage nach dem Besitz der gesetzlichen Vertreter grundsätzlich zu entscheiden. Man geht von der Voraussetzung aus, daß die Stellung der einzelnen gesetzlichen Vertreter eine

---

52) Vgl. Strohal a. a. O. S. 16.
53) Vgl. Endemann § 32, Note 11; Gärtner S. 142.
54) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 62.

grundverschiedene sei und demgemäß unter Berücksichtigung der Gestaltung des Einzelfalles entschieden werden müsse.

Was zunächst den Vormund und Pfleger betrifft, so wird aus seiner Stellung folgender Schluß gezogen. Es wird ausgeführt, daß bloßer Besitzgehilfe nach § 855 nur derjenige ist, der den Weisungen eines Andern Folge zu leisten habe. Da der Vormund und Pfleger aber eine ziemlich selbständige Stellung innehabe, d. h. von keiner Befehlsgewalt abhängig sei, so könne das Gesetz sie nur als unmittelbare Besitzer, die Vertretenen als mittelbare Besitzer angesehen wissen wollen. Soweit herrscht in der Literatur große Übereinstimmung [55]). Aber die Vertreter dieser Lehre unterscheiden sich doch insofern voneinander, als einige die Ansicht vertreten, daß die tatsächlichen Verhältnisse so liegen können, daß der Vertretene selbst den unmittelbaren Besitz hat, wie z. B. der minderjährige Student an seinen Büchern [56]).

Über den Besitz des Vorstandes einer juristischen Person sind ebenfalls die Meinungen geteilt. Einmal wird der Standpunkt vertreten, daß die Vorstände einer Korporation, einer Aktiengesellschaft oder der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wie auch die Liquidatoren solcher Gesellschaften bloße Besitzgehilfen (Besitzdiener) seien, da alle diese Personen nicht für sich besitzen und den Weisungen anderer Gesellschaftsorgane Folge zu geben hätten [57]). Andererseits wird auch für den Vorstand einer juristischen Person angenommen, daß er unmittelbarer Besitzer, die juristische Person mittelbare Besitzerin sei [58]).

Andere Autoren, die auch zu der Gruppe gehören, welche bei den verschiedenen gesetzlichen Vertretern unterscheidet, kommen beim Vorstand der juristischen Person zu dem Ergebnis, daß dieser weder Besitzdiener, noch unmittel-

55) Vgl. Dernburg § 14, Anm. 6; ebenso Gierke § 114, Note 31 und 38; Wendt a. a. O. S. 61; Biermann § 868, Note 4; Staudinger § 854, IV, 3; Planck § 854, Note 5; Cosack § 11, Ziff. 2; Crome § 344, Note 40, und § 345, Note 26; Kniep a. a. O. S. 146 ff.

56) Vgl. Staudinger § 854, IV, 3a; Biermann § 868, Ziffer 4.

57) Vgl. Dernburg a. a. O. § 14, Ziff. 7.

58) Vgl. Planck § 854, Note 5.

barer Besitzer an den der juristischen Person gehörenden Sachen sei. Man müsse nach der Verkehrsauffassung unbedingt die Besitzfähigkeit der juristischen Person anerkennen. Der Besitz werde durch die Organe ausgeübt. Alle Handlungen der Organe müßten aber der juristischen Person selbst zugeschrieben werden. Daher habe Besitz auch lediglich die juristische Person selbst [59]).

Eine vierte, alleinstehende Meinung in Bezug auf den Besitz der gesetzlichen Vertreter wird von Förtsch [60]) vertreten. Dieser spricht jedem gesetzlichen Vertreter überhaupt jeglichen Besitz ab. Nach seiner Ansicht sind sie auch nicht einmal Besitzdiener, sondern betätigen nur den Besitz der vertretenen Personen, welche allein die Besitzer sein sollen. Eine Einschränkung müsse allerdings dahin gemacht werden, daß diese Behauptung nur dann unbedingt zutreffe, wenn die Vertretenen selbst nicht fähig seien, tatsächliche Gewalt über Sachen auszuüben, wie dies bei den juristischen Personen, Säuglingen, gänzlich Verrückten der Fall sei. Wenn der Vertretene die tatsächliche Gewalt selbst ausübe, so sei der Vertreter an der Ausübung des Besitzes entweder überhaupt nicht beteiligt, oder er sei es in der Weise, daß er unmittelbarer Besitzer werde. Letzteres treffe zu z. B., wenn ein minderjähriger Student vor einer Reise seinem gesetzlichen Vertreter die Bücher in Verwahrung gebe. Aber auch für den Fall, daß der Vertretene, obwohl an sich dazu fähig, die tatsächliche Gewalt nicht ausübe, müsse der obige Satz als richtig gelten. Förtsch kommt zu dem Ergebnis, daß neben dem § 855 ungeschrieben noch folgender Satz stehe:

> „Wenn ein gesetzlicher Vertreter für die von ihm vertretene Person die tatsächliche Gewalt ausübt, so ist nur die vertretene Person Besitzer."

Eine erschöpfende Literaturübersicht über sämtliche Autoren, die sich über das Problem des Besitzes in Bezug

---

59) Windscheid-Kipp Bd. I, S. 788; Gierke § 114, Anm. 31 und 46; J. Gierke Verhandlungen S. 31; Staudinger § 854, 3b; Rosenberg § 854, V, § 855, IV, 2; Wolff § 5; Hedemann § 44, IV; Cosack § 11, 2; grundsätzlich ebenso Crome § 344, Ziffer 40.

60) In Gruchots Beiträgen Bd. 43, S. 545.

auf die gesetzlichen Vertreter geäußert haben, hier zu geben, ist nicht beabsichtigt. Die genannten Schriftsteller stellen die wichtigsten Vertreter der aufgeführten Gruppen dar. Die nicht genannten Autoren lassen sich alle in diese oder jene der angeführten Gruppen einreihen. Die meisten begnügen sich auch damit, einfach ihre Ansicht zu geben, ohne aber diese näher zu begründen. Um zu einem Ergebnis zu kommen, soll im folgenden in der Hauptsache von der Frage ausgegangen werden: Welchen Besitz hat der gesetzliche Vertreter beim Eintritt der gesetzlichen Vertretung?

§ 4. Stellungnahme zu den Hauptmeinungen und eigene Ansicht.

Zunächst soll auf die Ansicht von Förtsch eingegangen werden; dieser meint mit den Bestimmungen unseres Gesetzes nicht auskommen zu können, sondern sieht sich zur Aufstellung eines ergänzenden Rechtssatzes veranlaßt.

Als Grundlage für seine Beweisführungen führt er den Satz an, daß das Gesetz auch juristische Personen, Säuglinge, total Verrückte, überhaupt alle Personen, die unfähig sind, tatsächliche Gewalt über Sachen selbst auszuüben, dennoch des Besitzes für fähig erachte. Folglich seien diese Willensunfähigen auch Besitzer und, wenn sie Besitzer seien, müßten ihnen auch die Vor- und Nachteile des Besitzes zukommen.

Soweit kann man dem Verfasser mit der herrschenden Rechtsanschauung zustimmen.

Da nun aber der Besitz in Wirklichkeit nicht von diesen Personen ausgeübt werden könne, so folgert Förtsch weiter, daß die sie hierin vertretenden Personen — die gesetzlichen Vertreter — nur den Besitz der vertretenen Personen betätigen. Der Besitz der vertretenen Personen sei somit eine Fiktion und aus der Zulassung dieser Fiktion ergebe sich mit zwingender Notwendigkeit, daß die gesetzlichen Vertreter keinen Besitz haben könnten. Zur Rechtfertigung seiner Schlußfolgerung führt Förtsch aus, daß bei der Annahme des Besitzes der gesetzlichen Vertreter diese den Besitzschutz und das Recht aus dem früheren Besitze im eigenen Namen geltend machen könnten, ihnen die Vermutung des Eigen-

tums zur Seite stehen würde, sie ihren Besitz vererben und für die Eigentumsklagen Dritter die richtigen Beklagten würden; Folgerungen, die beweisen könnten, daß der Gesetzgeber nicht beabsichtigt habe, beiden gleichzeitig, dem Vertretenen und dem gesetzlichen Vertreter, Besitz zu geben. Auch von einem vermittelnden Besitze könne nicht gesprochen werden. Der mittelbare Besitz habe zwar gegenüber dem unmittelbaren einige Besonderheiten, aber in der Hauptsache sei die Stellung beider Besitzer die gleiche. Beiden stehe die Besitzklage zu, bei beiden komme der § 857 zur Anwendung, jeder von ihnen sei endlich gegenüber den Eigentumsklagen und Besitzklagen Dritter der richtige Beklagte. Nur durch § 76 ZPO. sei dem unmittelbaren Besitzer eine Möglichkeit gegeben, durch laudatio auctoris ohne Verantwortung gegen den Auchbesitzer den Ansprüchen des Klägers zu genügen oder wenigstens den Prozeß führen zu können. Diese Gleichstellung des mittelbaren und des unmittelbaren Besitzers zeige, daß es unmöglich sei, den gesetzlichen Vertreter als den unmittelbaren Besitzer anzusehen. Denn unmöglich sei hieraus der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, den gesetzlichen Vertreter gegenüber Eigentumsklagen Dritter als den richtigen Beklagten anzusehen und ihn auf die laudatio auctoris zu beschränken. Vielmehr müsse dem gesetzlichen Vertreter in solchem Falle der Einwand der Passivlegitimation zur Seite stehen. Sei danach — führt Förtsch weiter aus — der gesetzliche Vertreter nicht Besitzer der in seinen Händen befindlichen Sachen der vertretenen Person, so könne es vielleicht fraglich sein, ob er nicht unter § 855 falle. In dieser Gesetzesbestimmung gedenke der Gesetzgeber solcher Personen, die, obwohl Inhaber der tatsächlichen Gewalt, dennoch nicht als Besitzer anzusehen seien. Aber auch dies treffe nicht zu, da bei den gesetzlichen Vertretern das Moment der Unselbständigkeit, welches § 855 zur Voraussetzung habe, nicht vorliege. Aus all diesen Gründen müsse man dazu kommen, den § 855 zu ergänzen.

Insoweit, als die gesetzlichen Vertreter nicht Besitzdiener sein sollen, ist Förtsch beizutreten. Wie dieser hervorhebt, fehlt es ihnen an den für die Besitzdienerschaft notwendigen Merkmalen der Unselbständigkeit und Ab-

hängigkeit von fremdem Befehl. Gerade ein bestimmtes Maß von Selbständigkeit zeichnet alle gesetzlichen Vertreter aus. Sie sind diejenigen Personen, welche anstelle und im Interesse anderer natürlicher oder juristischer Personen Rechtshandlungen wirksam vornehmen, weil die vertretenen Personen hierzu nicht imstande sind. Hieran hindert auch der Umstand nichts, daß oft die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters von einer Behörde oder einer dritten Person überwacht wird. Wenn der Vormund z. B. unter der Beaufsichtigung des Vormundschaftsgerichts steht, so kann man hier doch nicht von einem Befehlsrecht der Behörde sprechen. Dies erhellt auch folgendes Beispiel. In bestimmten Fällen bedarf der Vormund für eine Verfügung über ein Recht seines Mündels — Grundstücksveräußerung — der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Wenn in dieser Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts nun aber eine Befehlsgewalt erblickt werden sollte, so müßte der Vormund zur Ausführung des Rechtsgeschäfts, zu welchem ihm die Genehmigung erteilt ist, verpflichtet sein. Fest steht aber das Gegenteil. Der Vormund hat es immer in der Hand, ob er die Genehmigung ausnutzen will oder nicht. Zu späterer Nichtbeachtung der Genehmigung kann ihn oft das Interesse des Mündels zwingen, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse inzwischen verändert haben. Also liegt der Aufgabenkreis des Vormundschaftsgerichts nicht in einer Befehlsgewalt, sondern nur in einer Unterstützung des Vormundes, der nicht immer über genügend Sachkenntnisse verfügen kann.

Ebensowenig kann der Vorstand einer juristischen Person als Besitzdiener angesehen werden. Wenn auch der Vorstand vielfach Weisungen eines andern Organs auszuführen hat, so spricht dies doch nicht für eine Abhängigkeit. Bei der Aktiengesellschaft z. B. ist der Vorstand an Beschlüsse der Generalversammlung gebunden. Aber dennoch ist seine Stellung in bezug auf die Verwaltung eine rechtlich gesicherte und selbständige, die eine völlige Abhängigkeit ausschließt. In den überwiegenden Fällen weist auch der Vorstand als Organ der juristischen Person an. Hiervon wird noch an späterer Stelle zu reden sein.

Den weiteren Ausführungen Förtschs, die sich gegen

den Besitz des gesetzlichen Vertreters richten, kann man nicht beitreten. Wenn Förtsch die Bestimmung des § 76 ZPO. dem vermittelnden Besitz des Vertreters als entgegenstehend ansieht, so ist ihm folgendes entgegenzuhalten. Es ist nicht einzusehen, warum der Vormund nicht selbst für die Besitzklagen legitimiert sein soll. Vielmehr wird er sich ohne Pflichtwidrigkeit auf § 76 ZPO. berufen können, wenn er, und nicht sein Mündel (vertreten durch den Vormund), hinsichtlich der für das Mündel verwahrten Sachen belangt wird [61]). Von dieser Möglichkeit muß er Gebrauch machen können, um den Prozeß von sich auf das Mündel als Partei, welches wiederum durch ihn als Vormund vertreten wird, abwälzen zu können. Von Bedeutung kann dies besonders wegen der Prozeßkosten und der Rechtskraft der Entscheidung sein. Im übrigen wird er wohl selten in die Lage kommen, von § 76 ZPO. Gebrauch zu machen, denn gewöhnlich wird bei Besitzstreitigkeiten gegen das Mündel auch das Mündel verklagt werden.

Ebensowenig kann die eigenartige Folge, daß der Erbe des gesetzlichen Vertreters dessen Besitz, aber nicht dessen Amt erwirbt, dem Besitzmittlerverhältnis entgegenstehen, wie aus dem Beispiel des unveräußerlichen Nießbrauchs zu ersehen ist (§§ 868, 1061). Auch ist nicht einzusehen, welche Nachteile der vertretenen Person dadurch entstehen sollten, da der Besitzübergang den Erben keine besonderen Rechte etwa zu Ungunsten der vertretenen Person verschaffen kann.

Somit muß man im Gegensatz zu Förtsch vor allem danach trachten, mit den Bestimmungen unseres Gesetzbuches ohne Heranziehung eines besonderen Rechtssatzes, wenn irgend möglich, auszukommen. Daß die gesetzlichen Vertreter keine Besitzdienerstellung einnehmen, ist bewiesen. Im § 868 ist eine Regelung getroffen, welche für die gesetzlichen Vertreter auch berechnet ist.

Die gesetzliche Vertretung gehört zu den „ähnlichen Verhältnissen" des § 868. Das Kennzeichen hierfür ist darin zu sehen, daß der Besitzmittler immer die Sache als nicht ihm gehörend, als eine fremde besitzt. Dieses Erfordernis ist auch bei der gesetzlichen Vertretung gegeben.

---

61) Vgl. Staudinger § 854, IV, 3.

Denn der gesetzliche Vertreter übt immer einen Besitz aus, der ohne das Vorhandensein der gesetzlichen Vertretung immer dem Vertretenen zugute käme. Dabei ist es gleichgültig, ob er den Besitz durch Erwerb der Sache seitens eines Dritten im Namen und für Rechnung des Vertretenen oder durch Inbesitznahme der bisher im Alleinbesitz der Vertretenen befindlichen Sachen erlangte. Aber trotzdem bestehen Bedenken, die Fälle der gesetzlichen Vertretung zu den „ähnlichen Verhältnissen" zu rechnen, wenn Vergleiche zu den Beispielen des § 868 gezogen werden, in denen der Vertreter den Besitz immer auf rechtsgeschäftlichem Wege durch übereinstimmenden Willen des mittelbaren Besitzers erhält. Bei den gesetzlichen Vertretern spielt der übereinstimmende Wille mit den vertretenen Personen keine Rolle. Der Wille der vertretenen Person mag oft vielleicht fehlen. Jedoch hierbei ist zu beachten, daß von einer Ähnlichkeit nicht mehr gesprochen werden kann, wenn man ausschließlich die rechtsgeschäftliche Übertragung des Besitzes an den Mittler für erforderlich erachtet. Solche Fälle sind mehr als einander ähnlich, sie sind einander gleich. Aber das Gesetz begnügt sich mit einer Ähnlichkeit. Zur Ähnlichkeit muß es genügen, daß bei einer anderen als rechtsgeschäftlichen Begründung, wie durch Gesetz und Staatsakt, im wesentlichen die gleichen Wirkungen hervorgebracht werden. Dies führt zutreffend Ullmann[62]) aus. Aber dennoch will dieser die gesetzlichen Vertreter deshalb dem § 868 nicht unterordnen, weil der Grund der Besitzüberlassung an den Mittler, wenn auch kein Rechtsgeschäft, so doch ein Akt rechtsgeschäftlichen Charakters sein müsse. Deshalb würde bei der gesetzlichen Vertretung ein Besitzmittlungsverhältnis nicht hergestellt, weil es sich um ein unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhendes, nur durch Gesetz begründetes Schuldverhältnis handele. Hierdurch wird das Gebiet des § 868 aber zu weit eingeschränkt. Man muß sich unwillkürlich fragen, welche Fälle will Ullmann treffen, wenn er zunächst zugibt, daß ein Rechtsgeschäft nicht notwendig den Entstehungsgrund für das Besitzmittlungsverhältnis bilden müsse, dann aber behauptet, unmittelbar auf

62) Im Archiv für zivil. Praxis Bd. 92, S. 310 ff.

Gesetz dürfe es auch nicht beruhen. Zur Widerlegung sei auf den Besitz des Vermieters verwiesen, der gemäß § 561 sich in Ausübung seines gesetzlichen Pfandrechts in den Besitz der eingebrachten Sachen des Mieters gesetzt hat. Richtig ist vielmehr, daß das ähnliche Verhältnis zwar grundsätzlich auf Rechtsgeschäft beruhen wird, daß aber das Gesetz, wenn es an gewisse Tatbestände ohne weiteres eine derartige zeitliche Berechtigung und Verpflichtung zum Besitze knüpft, zwingt, überall da ein Besitzmittlerverhältnis anzunehmen, wo dasselbe eine Ähnlichkeit mit den in § 868 gegebenen rechtsgeschäftlichen Verhältnissen aufweist[63]).

Diese Ausführungen könnten nun dazu führen, daß der gesetzliche Vertreter allgemein als Besitzmittler anzusprechen ist. Für den Vormund, Pfleger und Inhaber der elterlichen Gewalt, wenn sie die tatsächliche Gewalt haben, ist das auch zu bejahen (s. § 5). Anders liegt die Rechtslage aber bei dem Vorstand der juristischen Person. Er ist nicht Besitzdiener, aber auch nicht Besitzmittler. Hier trifft die Auffassung zu, daß der Vorstand den Besitz der Korporation nur betätigt. Diese Auffassung rechtfertigt sich nicht nur aus der grundverschiedenen Stellung des Vorstandes gegenüber dem Vormund, sondern entspricht vielmehr auch dem eigenartigen Gebilde der juristischen Person (s. § 6).

Eine weitere Stellungnahme zu den im § 4 genannten Gruppen würde nur noch die Frage zu dem unmittelbaren bzw. mittelbaren Besitz betreffen. Diese ergibt sich indessen aus den weiteren Ausführungen.

§ 5. Besitz des Vormunds, des Pflegers und Inhabers der elterlichen Gewalt.

Der Zweck der Vormundschaft ist darin zu erblicken, daß die Personen geschützt werden sollen, die eines besonderen familienrechtlichen Schutzes bedürfen.

Die §§ 1793 ff. regeln die Vormundschaft über Minderjährige und Volljährige. Die Vormundschaft umfaßt alle, die Pflegschaft nur einzelne Angelegenheiten der schutzbedürf-

63) Vgl. Ertmann in Iher. Jahrb. Bd 44, S. 222 ff.

tigen Personen. Beide stehen sich in rechtlicher Beziehung nahe. Daher gelten die folgenden Ausführungen für den Pfleger in gleicher Weise wie für den Vormund.

Die Anordnung einer Vormundschaft erfolgt von Amts wegen durch Bestellung eines Vormundes (Bestellungsgrundsatz). Eine Ausnahme vom Bestellungsgrundsatz enthält § 35, Abs. 1, des Jugendwohlfahrtsgesetzes vom 9. Juli 1922. Mit der Geburt eines unehelichen Kindes erlangt das Jugendamt des Geburtsortes die Vormundschaft. Die praktische Durchführung der Vormundschaft liegt einem Beamten dieser Behörde ob. Dieser hat daher dieselbe Besitzerstellung wie ein Vormund.

Der Vormund erlangt also auf Grund eines Aktes der Staatsgewalt sein Verwaltungsrecht an den Gegenständen des Mündels. Er hat gemäß § 1793 die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen. Zwischen Vormund und Mündel besteht ein dem Auftrag ähnliches Verhältnis, welches den Vormund berechtigt und verpflichtet, die Sachen für den Mündel an sich zu nehmen. Dies ist notwendig, damit der Vormund sein Verwaltungsrecht ausüben kann. Die Vorschrift des § 1802, wonach der Vormund zur Anfertigung eines Vermögensverzeichnisses verpflichtet ist, gibt hierfür Beweis. Die Verzeichnispflicht kann als Ausfluß des vormundlichen Besitzes angesehen werden, welchen das Gesetz dem Vormund auf Grund seines Verwaltungsrechtes zuschreibt. Daß der Vormund kein Dauerbesitzer, sondern nur ein Besitzer auf Zeit ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Somit hat er die Stellung eines Besitzmittlers. Besitzdiener kann der Vormund nicht sein, da der Wille des Mündels dem seines gesetzlichen Vertreters völlig untergeordnet ist. Der Minderjährige oder Geisteskranke haben eben einen Vertreter, weil sie selbst nicht imstande sind, ihre Interessen wahrzunehmen.

Für diese Ansichten sprechen auch folgende Gesetzesbestimmungen. Aus § 1824 ergibt sich das Recht des Vormundes, dem Mündel Gegenstände zur freien Verfügung zu überlassen. Eine solche Vorschrift zu erlassen, wäre eine Unsinnigkeit und würde der ganzen Stellung des Besitzdieners widersprechen. § 1824 spricht gerade von einem Recht des Vormundes, zeigt also, daß die Besitzerstellung

des Vormundes eine freie, nicht unnötig beschränkte — wie beim Besitzdiener — sein muß. Dies zwingt daher dazu, den Vormund als Besitzer, nicht als Besitzdiener anzusehen.

Vor allem aber steht der § 1835 unserer Ansicht zur Seite. Hiernach hat der Vormund für die zum Zwecke der Vormundschaft gemachten Aufwendungen einen Vorschuß- und Ersatzanspruch nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 669, 670. Würde der Vormund vom Gesetz als Besitzdiener angesehen, so würde diese Gesetzesvorschrift sich erübrigen. Ein Besitzdiener ist abhängig von den Weisungen seines Geschäftsherrn. Erhält er eine Weisung in bezug auf die ihm anvertraute Sache, so würde sich diese immer als ein Auftrag kraft des das Abhängigkeitsverhältnis beherrschenden Vertragsverhältnis zwischen Besitzdiener und Besitzer gestalten, der nach dem für dieses geltenden Vorschriften zu Vorschuß oder Ersatz verpflichtet. Also hätte der Gesetzgeber für den Vormund als Besitzdiener es nicht nötig gehabt, in § 1835 die Vorschriften des Auftrags für anwendbar zu erklären. Da der § 1835 nun einmal besteht, so kann man den Grund für seine Schaffung nur darin erblicken, daß der Gesetzgeber den Vormund nicht als Besitzdiener ansieht und damit eine besondere Regelung für nötig erachtete. Diese Beweisführung dürfte für den Besitz des Vormundes und Pflegers genügen.

Zu erwähnen ist noch folgender Fall, welcher in der Literatur[64]) entgegengesetzt beurteilt wird. Ein Säugling, der in seinem eigenen Hause allein mit seiner Pflegerin wohnt, soll alleiniger Besitzer dieses Hauses sein, mag er einen Vormund haben oder nicht. Diese Ansicht ist nicht zu billigen. Zuzugeben ist zwar, daß die tatsächlichen Verhältnisse so liegen können, daß die vertretene Person Alleinbesitz an ihren Sachen hat, daß ihr Vertreter weder Besitzdiener noch Besitzmittler ist. Als Beispiel hierfür kann der minderjährige Student gelten, der in der Universitätsstadt wohnt und Sachen — z. B. seine Bücher und Kleider — hat. In diesem Falle ist der Student, der die unmittelbare Gewalt über diese Sachen hat, Alleinbesitzer. Der Unterschied zu dem obigen Fall liegt in folgendem. Bei dem min-

64) Vgl. Kniep a. a. O. S. 50.

derjährigen Studenten entäußert sich der Vormund des ihm zustehenden Verwaltungsrechts, indem er seinem Mündel Sachen zur freien Verfügung überläßt. Bei dem Säugling liegt der Fall anders. Der Vormund, der nicht mit seinem Mündel in dessen Hause wohnt, denkt nicht daran, sein Verwaltungsrecht aufzugeben. Er übt es aus, auch wenn er nicht buchstäblich die tatsächliche Gewalt hat. Der Säugling kann nicht allein sein, zu seiner Pflege hat er beispielsweise eine Amme, diese ist dann in bezug auf das Haus und die sonstigen Sachen des Mündels Besitzdienerin des Vormunds. Man kann also von Alleinbesitz der vertretenen Person nur sprechen, wenn der gesetzliche Vertreter dem Vertretenen Sachen zum Gebrauch oder zur freien Verfügung überlassen und damit sein Verwaltungsrecht freiwillig aufgegeben hat.

Zweifelhaft kann auch der Fall sein, welchen Besitz der Vormund hat, wenn er Sachen auf den Namen des Mündels hinterlegt. Man muß hier wohl dahin entscheiden, daß der Mündel direkten mittelbaren Besitz erwirbt, nicht einen erst durch den Vormund vermittelten [65]). Der Vormund selbst hat sich seines Verwaltungsrechts begeben, er scheidet aus dem Besitzverhältnis aus. An seine Stelle tritt der Verwahrer, demgegenüber nicht der Vormund, sondern der Mündel als Hinterleger gilt. Dies zeigt sich besonders darin, daß den Anspruch der Mündel hat, der Vormund übt zwar den Anspruch als gesetzlicher Vertreter aus, aber nicht suo nomine.

Gesetzlicher Vertreter seines minderjährigen Kindes ist auch der Vater. Auch er hat als Besitzmittler zu gelten, seine Besitzstellung gründet unmittelbar auf dem Gesetze. Dem Vater steht an den Sachen seines Kindes ein Verwaltungsrecht zu (§ 1627). Darum ist er als Gewalthaber auch berechtigt, die zum Vermögen des Kindes gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. Die besondere Hervorhebung dieser Befugnis war im Hinblick auf die dem Gewalthaber zustehende gesetzliche Vertretung des Kindes nicht erforderlich. Hat der Gewalthaber den Besitz erworben, so wird regelmäßig er als unmittelbarer, das Kind als mittelbarer

65) Vgl. Biermann a. a. O. § 868, Ziffer 4.

Besitzer erscheinen. Anders jedoch, wenn der Vater dem Kinde gemäß § 1644 Sachen zur freien Verfügung überlassen hat (§ 110). In diesem Falle bedarf es nicht einer Verwaltung des Vaters, vielmehr kann das Kind die erforderlichen Verwaltungsmaßnahmen allein vornehmen und ist alleiniger Besitzer.

Nach diesen Feststellungen ist noch kurz zu erörtern, wie die gesetzlichen Vertreter ihr Besitzrecht verwirklichen können. Als gesetzliche Vertreter sind der Vormund, Pfleger und Inhaber der elterlichen Gewalt berechtigt, die den Pflegebefohlenen gehörigen Sachen in Besitz zu nehmen, soweit sie ihrer Verwaltung unterliegen. In den §§ 1627 ff. und 1793 wird dies den gesetzlichen Vertretern sogar zur Pflicht gemacht. Denn zur Ausübung der Vermögensverwaltung ist auch eine Inbesitznahme der Sachen nötig. Die Frage ist nun, ob hier der Verwaltungsberechtigte auf den Prozeßweg angewiesen ist, um den zur Ausübung seiner Verwaltung nötigen Besitz zu erlangen. Wenn sich die Sachen in den Händen dritter Personen befinden, so ist die Frage ohne weiteres zu bejahen, da ein eigenmächtiges Vorgehen gegen Dritte dem gesetzlichen Vertreter nicht zusteht. Ist der gesetzliche Vertreter nun aber auch dem Pflegebefohlenen gegenüber zu eigenmächtigem Vorgehen unter Ausschließung des Prozeßweges berechtigt? Darüber kann kein Zweifel bestehen, daß auch Minderjährige Besitz haben und auch erwerben können. Dritte Personen dürfen sie in ihrem Besitze nicht stören oder ihnen diesen widerrechtlich entziehen. Sonst machen sie sich der verbotenen Eigenmacht schuldig. Wenn der Vater, Vormund oder Pfleger dagegen dem Mündel den Besitz entziehen, so haftet natürlich das Moment der Widerrechtlichkeit ihrem Handeln nicht an. Die Frage ist nur, ob der Vormund, Vater oder Pfleger sich eigenmächtig den Besitz verschaffen können oder den Prozeßweg beschreiten müssen. Dieser Fall kann praktisch eintreten, wenn der Mündel die Herausgabe von Sachen verweigert, die der Verwaltung des Vormundes unterstehen. Würde die Frage in dem Sinne entschieden, daß der Vormund auf die Klage angewiesen sei, so müßte für den Mündel in Ermangelung seiner Prozeßfähigkeit ein Pfleger bestellt werden. Daß dies vom Gesetzgeber nicht be-

absichtigt sein kann, ergibt sich aus der ganzen Stellung des gesetzlichen Vertreters, der mit bestimmten Rechten vom Gesetz ausgerüstet ist. Der gesetzliche Vertreter ist eingesetzt, um für die zum rechtswirksamen Handeln unfähige vertretene Person im Rechtsverkehr auftreten zu können. Die vertretene Person muß ihren Willen dem des gesetzlichen Vertreters unterordnen, von einer Gleichberechtigung kann nicht die Rede sein. Ein Rechtsstreit zwischen Vormund und Mündel ist nur möglich, wenn diese sich als Parteien gegenüberstehen. Verlangt der Vormund zur Ausübung seines Verwaltungsrechts das Mündelvermögen vom Mündel heraus, so ist dies eine Angelegenheit, die lediglich den Mündel angeht, aber für ihn kraft Gesetzes vom Vormunde zu besorgen ist. Von einem Widerstreit der Interessen kann in solchem Falle nicht gesprochen werden, Vormund und Mündel stehen sich nicht als Partei gegenüber. Setzt daher der Mündel dem Herausgabeverlangen des Vormunds Widerstand entgegen, so hat das Vormundschaftsgericht zu helfen. Es kann durch die richterliche Verfügung die Wegnahme der Sachen anordnen [66]).

Anders dagegen ist der Fall gelagert, wo der gesetzliche Vertreter und der Minderjährige, dem die Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erteilt ist (§ 112), in Streit geraten über die Grenzen ihres Verwaltungsrechts. Hier ist ein eigenmächtiges Vorgehen des gesetzlichen Vertreters ausgeschlossen, sondern muß dieser den Prozeßweg beschreiten. Der Minderjährige hat kraft Gesetzes in solchem Falle eine freie Stellung. Er ist für das Vermögen, das zu seinem Erwerbsgeschäft gehört, somit nicht der Verwaltung des Vertreters unterliegt, prozeßfähig. Auch das Vormundschaftsgericht hat kein Entscheidungsrecht in solchem Streit zwischen Vormund und Mündel. Dadurch, daß es der Betreibung eines Erwerbsgeschäfts durch den Mündel zugestimmt hat, begibt es sich jedes Einflusses auf den Mündel in dieser Richtung.

Was den Besitzverlust des gesetzlichen Vertreters anbetrifft, so können folgende Rechtsfolgen eintreten.

Wenn der Vormund oder Pfleger oder Inhaber der

---

66) Vgl. OLG. Dresden, Seufferts Archiv Bd. 67, Nr. 136.

elterlichen Gewalt freiwillig ihren Besitz aufgeben, so bewirkt dies gleichzeitig auch einen Verlust des mittelbaren Besitzes des Mündels. Die gesetzliche Vertretung kann dadurch enden, daß der gesetzliche Vertreter wegfällt durch einen in seiner Person liegenden Umstand, aber auch dadurch, daß die Grundlagen für die gesetzliche Vertretung wegfallen. Für den ersten Fall ist der Tod des gesetzlichen Vertreters, für den zweiten Fall die Volljährigkeit des Mündels ein Beispiel. Bei Tod des gesetzlichen Vertreters geht der Besitz des gesetzlichen Vertreters gemäß § 857 auf seine Erben über, während von Seiten der Erben eine Nachfolge in das den Besitz begründende Amt als Vormund, Pfleger nicht stattfindet. Daß dies kein eigenartiger Vorgang ist, zeigt das Beispiel des unvererblichen Nießbrauchs. Beim Nießbrauch tritt beim Tod des Nießbrauchers dieselbe Rechtsfolge ein. Aber man muß annehmen, daß der Erbe des gesetzlichen Vertreters nicht etwa durch den Erbfall Alleinbesitz erlangt, sondern in dieser Hinsicht in die Besitzerstellung des Erblassers eintritt, also der vertretenen Person weiter den mittelbaren Besitz verschafft. Es trifft ihn aber die Verpflichtung, dem Nachfolger in der gesetzlichen Vertretung die Sachen herauszugeben. Verweigert der Erbe die Herausgabe, so wird der Mündel, vertreten durch seinen neuen Vormund, auf Herausgabe der Sachen klagen und Besitzer werden. Von dem Mündel erlangt der Vormund auf dem schon geschilderten Wege den Besitz.

Wird der Mündel volljährig, so endet damit auch die gesetzliche Vertretung. Er kann als mittelbarer Besitzer, da das zeitlich begrenzte Besitzmittlungsverhältnis beendet ist, die Sachen herausverlangen.

§ 6. Besitz des Vorstandes einer juristischen Person.

In der juristischen Person ist eine Gesamtpersönlichkeit, eine wirklich zusammengesetzte Person mit einem wirklichen Gesamtwillen zu erblicken [67]). Die juristische Person ist nach den Bestimmungen des Gesetzes handlungsfähig, sie handelt

67) Vgl. Gierke PrR. I, § 58, S. 463 ff.

durch ihre Organe. Nach allgemeiner Auffassung des Verkehrs wird auch die Besitzfähigkeit der juristischen Person anerkannt. Der Besitz wird ausgeübt durch die Organe, den Vorstand [68]). Gemäß § 26 hat der Vorstand, der den Verein gerichtlich und außergerichtlich vertritt, die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Also direkt als gesetzlichen Vertreter sieht unser BGB. den Vorstand nicht an. Aber die neuere Rechtsauffassung sieht ihn doch als gesetzlichen Vertreter an, wie die Reichsabgabenordnung zeigt, wo in § 84 von den „gesetzlichen Vertretern der juristischen Person" gesprochen wird. Aber dennoch ist die Stellung des Vorstandes zur juristischen Person nicht wie die des Vormundes zum Mündel. Vielmehr muß man sagen, daß der Vorstand als Organ die juristische Person selbst darstellt. Alle Handlungen des Organs sind unmittelbar Handlungen der juristischen Person selbst. In § 31 BGB. tritt diese Auffassung ebenfalls hervor. Danach ist die juristische Person für den Schaden, den der Vorstand in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen einem Dritten zufügt, verantwortlich. Das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten des Vorstandes gilt als eigenes Verhalten. Nach § 43 kann der juristischen Person die Rechtsfähigkeit entzogen werden für gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes. Also, wenn der Vorstand gesetzwidrig handelt, so wird dies der juristischen Person selbst zugeschrieben.

Somit ist der gesetzliche Vertreter der juristischen Person nicht als unmittelbarer Besitzer beigeordnet, sondern er ist die juristische Person selbst [69]). Durch den Vorstand tritt die juristische Person im Leben handelnd auf. Den Besitz hat allein die juristische Person, durch den Vorstand übt sie die tatsächliche Gewalt aus [70]).

Die einzelnen Besitzverhältnisse regeln sich daher bei der juristischen Person genau so, wie bei jeder natürlichen Person. Immer tritt die juristische Person durch ihr Organ, den Vorstand, handelnd auf. Allerdings muß man aus praktischen Gründen zulassen, daß auch das einzelne Mitglied in-

68) Vgl. Staudinger § 854, IV, 3.
69) Vgl. Rehbein S. 45.
70) Vgl. OLG. Bd. 5, S. 150, Anfang.

sofern einmal an den Besitzverhältnissen teilnehmen kann, daß ihm die Selbsthilfe gemäß § 859 gegen unberechtigte Eingriffe Dritter erlaubt ist. Hier muß stillschweigend angenommen werden, daß sie in organähnlicher Stellung handeln [71]).

71) Vgl. Staudinger § 854, IV, 3.

Lebenslauf.

Ich, Kurt Karl Friedrich Wendelstorf, wurde am 1. Juli 1907 in Wartin, Kreis Randow, Pommern, als Sohn des Oberpostsekretärs Karl Wendelstorf und seiner Frau Elise, geb. Röhl, geboren und in evangelisch-lutherischer Konfession getauft und erzogen. Von meinem 6. Lebensjahr besuchte ich die Bürgerschule in Teterow, ging dann mit meinem 9. Lebensjahr auf die Realschule Teterow, wo ich Ostern 1922 das Einjährigenexamen bestand. Darauf trat ich in die Obersekunda des Realgymnasiums Güstrow ein und bestand Ostern 1925 das Abiturientenexamen. Vom Sommersemester 1925 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft an der Universität Rostock. Im Sommersemester 1927 setzte ich mein Studium an der Universität Königsberg fort. Im Wintersemester 1927/28 ging ich wieder nach Rostock, um dort meine erste Staatsprüfung abzulegen. Das Referendarexamen bestand ich am 28. Oktober 1929 vor der Prüfungskommission des Landgerichts Rostock. Augenblicklich bin ich im Verwaltungsdienst beim Rat der Stadt Teterow beschäftigt.